

Paris, le 27 juillet 2017

Avis du Défenseur des droits n°17-07

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Auditionné le 27 juillet par le rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale, émet l'avis ci-joint sur le projet de loi n°104 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, tel qu'adopté par le Sénat le 18 juillet 2017.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

Par le texte soumis à votre examen, le Gouvernement souhaite intégrer dans le droit commun certaines mesures inspirées du régime de l'état d'urgence octroyant aux autorités administratives des pouvoirs étendus en matière de lutte contre le terrorisme.

Ce projet de loi a été élaboré à la suite des cinq prorogations de l'état d'urgence instauré en France le 14 novembre 2015, à la suite des attentats terroristes commis sur le sol national, dans un contexte où la menace d'actes de terrorisme est toujours d'actualité. Depuis, l'état d'urgence a été prorogé une nouvelle fois jusqu'au 1^{er} novembre 2017.

Il entend donner aux autorités administratives des pouvoirs élargis pour prévenir les atteintes à l'ordre et à la sécurité publics dans le cadre de la prévention d'actes de terrorisme. Il entend également modifier des dispositions législatives concernant des techniques de renseignement, les contrôles dans les zones frontalières et transposer en droit interne la directive UE 2016/681 du 26 avril 2016 relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (« Directive PNR »).

Reprenant les recommandations adressées au gouvernement dans l'avis n°17-05 du 7 juillet 2017¹ à l'occasion de l'examen du projet de loi devant le Sénat, le Défenseur des droits tient à souligner à titre liminaire l'importance primordiale qu'il attache aux objectifs de protection du droit à la vie des populations et de prévention des attentats et des actes violents perpétrés sur le territoire. Par ailleurs, face aux attentats, chaque Etat a le devoir d'accompagner les victimes et de contribuer à la réparation de leurs préjudices. En ce sens, le Défenseur des droits a émis le 13 Juillet dernier des recommandations visant à améliorer la prise en charge des victimes des actes de terrorisme dans sa décision n° 2017-193.²

La lutte contre le terrorisme est avant tout une lutte menée par les services de l'Etat pour protéger un modèle de société fondé sur l'Etat de droit et les droits fondamentaux.

Le Défenseur des droits souhaite cependant maintenir certaines réserves à l'égard des propositions soumises au Parlement dans le cadre de ce projet de loi suite à son examen par le Sénat. Comme le Conseil Constitutionnel l'a rappelé, la France dispose d'une législation pénale extrêmement développée en la matière, les gouvernements successifs ayant souhaité adapter la réponse pénale à l'évolution de la menace terroriste.

Aujourd'hui, en souhaitant intégrer dans le droit commun de la lutte contre le terrorisme des dispositions qui ont, jusqu'à ce jour, relevé d'un droit d'exception, le Gouvernement prend le risque de remettre en cause, d'une part, l'équilibre qui fonde le droit pénal entre exigences de sécurité et protection des droits et libertés, et, d'autre part, l'équilibre entre rôle de l'autorité administrative et celui de l'autorité judiciaire.

Depuis 2015, au titre de la « prévention du terrorisme », le Parlement a amendé le code de la sécurité intérieure en conférant de larges pouvoirs à l'autorité administrative, qui peut d'ores et déjà prendre des mesures restrictives des droits et libertés dans le cadre du droit commun. Ainsi que le sénateur M. MERCIER le souligne, nous disposons déjà d'un « *arsenal pénal permettant d'intervenir très en amont* » et « *les pouvoirs de la police administrative ont été considérablement renforcés* ».³

¹ https://juridique.defenseurdesdroits.fr/files/DDD/AVIS/DDD_AVIS_20170707_17-05.pdf.

² Décision n°2017-193, Recommandations du Défenseur des droits pour l'amélioration du dispositif d'indemnisation des victimes du terrorisme.

³ Sénat, Rapport de la Commission des Lois, 12 juillet 2017, p. 7.

En effet, le droit pénal antiterroriste est d'ores et déjà un droit pénal préventif qui appréhende en tant qu'infraction autonome des actes matériels préparatoires éloignés de l'acte terroriste lui-même, telle l'infraction de participation à une association de malfaiteurs en vue de commettre un acte terroriste, le financement d'actes de terrorisme ou l'apologie d'actes de terrorisme. Le développement d'un droit administratif de prévention du terrorisme qui semble viser à s'affranchir des exigences procédurales du droit pénal est préoccupant au regard de la défense des droits et libertés individuelles et vient brouiller les frontières entre police administrative et police judiciaire, au risque d'entamer l'efficacité de notre dispositif de lutte contre le terrorisme.

En outre, le code de la sécurité intérieure ne contient aucune définition juridique précise du « terrorisme » et le présent texte ne se réfère pas davantage aux dispositions du code pénal qui prévoit et réprime les actes de terrorisme dans ses articles 421-1 et suivants.

Ce choix annonce un risque d'élargissement des pouvoirs de l'administration en la matière et de glissement vers « une logique de suspicion ».

La présence de certaines garanties dans le projet de loi ne permet pas de rétablir ce déséquilibre opéré entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire et ne saurait prémunir d'un usage abusif des pouvoirs ainsi conférés à l'administration. En rupture avec les raisonnements juridiques habituels qui font normalement prévaloir le principe de légalité des délits et des peines – c'est-à-dire une définition préalable, claire et prévisible des comportements répréhensibles –, le principe de sécurité juridique – soit une stabilité et une prévisibilité des dispositions juridiques – et la « conception française de la séparation des pouvoirs » pour prévenir et empêcher les passages à l'acte terroriste-, ces évolutions législatives risquent d'affaiblir de manière durable notre Etat de droit et les principes fondamentaux de notre démocratie. La référence à une notion trop vague d'« actes de terrorisme », sans autre précision, comme déclencheur de ce régime dérogatoire pourrait inciter, demain, les autorités à s'affranchir des exigences procédurales habituelles.

L'examen du dispositif législatif au Sénat a été l'occasion d'ajouter des mécanismes qui permettent de protéger les personnes visées contre les abus auxquels pourrait donner lieu un usage extensif de ces dispositions nouvelles sans toutefois les prémunir de façon entière et effective. A cet égard, il est nécessaire de rappeler qu'à l'issue de la dernière prorogation de l'état d'urgence décidée le 11 juillet dernier jusqu'au 1^{er} novembre 2017, la France devrait notifier au Secrétaire général du Conseil de l'Europe la date à laquelle les autorités françaises ne seront plus en mesure de se prévaloir de la possibilité de déroger à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur le fondement de son article 15.

Aussi, ce projet de loi doit-il également être examiné au regard de sa conformité avec les exigences de toutes les dispositions de la Convention européenne puisque demain, dans le cadre d'un recours contentieux, le requérant pourra invoquer des moyens tirés de la violation de ses stipulations. Or, l'insertion dans le droit commun de mesures restrictives de libertés comparables à celles instituées par la loi relative à l'état d'urgence, et ce, en l'absence d'une situation de « guerre » ou de « danger public menaçant la vie de la nation », pourrait se révéler contraire à certains articles de la Convention européenne des droits de l'homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

On relèvera également certains risques de discordance avec la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne en matière de liberté d'aller et venir entre les Etats membres et de protection des données personnelles.

En dehors de l'état d'urgence, le législateur, conformément à l'article 34 de la Constitution et selon la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel en matière de terrorisme, se doit d'encadrer suffisamment les conditions de mise en œuvre et de contrôle juridictionnel de telles mesures administratives restrictives de droits et libertés. Cette exigence apparaît d'autant plus impérieuse que les dispositifs envisagés ne relèvent pas du champ d'application de la procédure pénale.

A l'instar des travaux de la Commission des lois du Sénat, le Défenseur des droits ne peut qu'inviter l'Assemblée nationale à poursuivre l'objectif tendant à la recherche d'un meilleur équilibre entre la nécessité d'assurer la sécurité et l'ordre publics et celle de protéger les droits et libertés, afin de prévenir toute dérive sécuritaire.⁴

En ce sens, l'ensemble de ces dispositions appelle de la part du Défenseur des droits les observations suivantes.

⁴ Sénat, Rapport de la Commission des Lois, 12 juillet 2017, p. 5.

I. Encadrer et circonscrire les mesures inspirées de l'état d'urgence

1- Le caractère expérimental des mesures à préciser et le contrôle parlementaire à renforcer (article 4 *bis* nouveau)

En introduisant la logique d'expérimentation, les sénateurs ont adopté, avec l'aval du gouvernement, le principe du caractère temporaire des mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance (assignations dans un périmètre géographique, mesures individuelles de surveillance, surveillance par bracelet électronique) et des visites et saisies domiciliaires, mesures qui s'éteindront automatiquement au 31 décembre 2021. Le gouvernement aura obligation de remettre au parlement un rapport annuel détaillé sur l'application de ces mesures.

Le Défenseur des droits propose que l'expérimentation s'applique à l'ensemble des dispositions y compris les périmètres de protection et les fermetures administratives de lieux de culte et que la durée de l'expérimentation législative soit réduite à 3 ans soit jusqu'au 31 décembre 2020, avec un rapport annuel du Gouvernement au Parlement comportant un bilan de l'application de ces mesures. Ce bilan pourrait notamment comporter des précisions sur les modalités de respect de la vie privée, familiale, professionnelle et sociale des personnes concernées, ainsi qu'une analyse juridique précise relative à la proportionnalité du cadre géographique et temporel des mesures. Il serait également utile de donner suite à certaines des recommandations formulées par la Commission des Lois de l'Assemblée nationale en décembre 2016, notamment celles visant à solliciter la recherche en sciences sociales afin d'évaluer l'impact du recours à l'état d'urgence sur la population⁵.

En outre, pour permettre une évaluation du dispositif et notamment de sa pertinence au regard de la menace terroriste et pour que l'expérimentation fasse sens, il apparaît essentiel de renforcer les attributions des instances en charge du contrôle parlementaire en application de l'article 24 de la Constitution. A l'instar de ce qui a été mis en place dans le cadre de l'état d'urgence, les Commissions des lois des deux Assemblées devraient disposer de prérogatives d'enquête spécifiques pour contrôler la mise en œuvre de ces mesures, disposer d'informations de façon trimestrielle, et user du pouvoir de formuler des recommandations. L'Assemblée nationale pourrait exercer ce contrôle dans le cadre de l'article 146-2 de son règlement. Le comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques de l'Assemblée nationale pourrait ainsi être saisi par la Commission des lois pour organiser une séance portant sur le présent texte en application de l'alinéa 4 de l'article 48 de la Constitution.

En outre, pour accroître le rôle de la Délégation parlementaire au renseignement, il pourrait être fait droit à la proposition n°2 du rapport annuel 2017⁶ de prescrire au coordinateur national du renseignement de fournir le rapport d'activité annuel des services de renseignement et le rapport annuel de synthèse des crédits consacrés au renseignement respectivement avant le 30 juin et le 1^{er} avril, pour permettre au Parlement d'évaluer et d'allouer les moyens adaptés notamment aux instances de contrôle interne (inspection général du

⁵ Assemblée nationale, Rapport d'information sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence, 6 décembre 2016.

⁶ Assemblée nationale, Délégation parlementaire au renseignement, Rapport relatif à l'activité de la délégation parlementaire au renseignement pour l'année 2016, 2 mars 2017.

renseignement, service juridique des services concernés) et de contrôle externe (CNIL, CNCTR, Conseil d'Etat, juridictions judiciaires).

2-Un encadrement juridique insuffisant et des garanties à renforcer (articles 1^{er} à 4)

2.1 Le principe de légalité à respecter : l'imprécision des termes de la loi justifiant le contrôle et la contrainte administratifs

Le Défenseur des droits s'interroge sur les conséquences que pourrait avoir sur les droits fondamentaux des personnes le fait de rentrer dans une « logique de suspicion » pour fonder une mesure restrictive de liberté, alors même que l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme permettant des restrictions à ces libertés ne s'applique plus et que la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) exigent de la loi : clarté, précision et intelligibilité.

En recourant aux termes de l'article L.228-1 du code de la sécurité intérieure (CSI) visant à permettre la fermeture des lieux de culte, à la notion de « *raisons sérieuses* » plutôt qu'à la preuve d'éléments matériels caractérisant des faits, il est difficile pour le particulier de savoir de façon prévisible quels sont les comportements visés, ce qui est contraire au principe de légalité. De la même manière, en maintenant les circonstances de la menace justifiant la création d'un périmètre de protection prévu à l'article L.226-1 du CSI et en écartant la proposition de la Commission des lois du Sénat visant à exiger un risque terroriste « actuel et sérieux », le législateur a supprimé en séance, à la demande du gouvernement, une précision utile pour la sécurité juridique.

2.2 Le principe de proportionnalité à garantir : le caractère encore trop général des mesures de contrôles et de contrainte administratifs

La finalité des mesures à préciser : l'exigence d'un lien apparent entre les mesures individuelles et la menace terrorisme

Le projet de loi n'exige pas que soit rapporté la preuve d'un lien entre la nature du comportement visé et la nature de la menace actuelle pour la sécurité et l'ordre publics en lien avec la menace terroriste susceptibles de justifier une mesure individuelle de surveillance. Dans le cadre de l'état d'urgence, ce lien n'était pas exigé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il apparaît néanmoins essentiel de le rétablir dans le présent projet de loi. Cette condition a vocation à prohiber l'utilisation de mesures individuelles de surveillance pour des motifs étrangers au risque de la commission d'actions terroristes en lien avec des circonstances précises de la menace terroriste. Il est important de cantonner l'utilisation de ces mesures à des situations qui correspondent à des comportements en lien avec des actions terroristes précises et circonstanciées pour éviter une utilisation abusive de ces dispositifs.

La nécessaire précision des activités collectives à protéger

Souhaitant protéger les lieux publics ou les événements collectifs, le gouvernement a précisé en séance que sont concernés par l'article 1^{er} du projet de loi, les « événements culturels et sportifs, et non des défilés, cortèges ou rassemblements de personnes sur la voie publique » précisant que « ces mesures ne seront pas utilisées pour maintenir l'ordre public » sans pour autant amender le texte en conséquence. Pour traduire en droit l'intention du gouvernement, il apparaît nécessaire de préciser la nature culturelle ou sportive du lieu ou de l'événement « soumis à un risque d'actes de terrorisme à raison de sa nature et de l'ampleur de sa fréquentation ». A défaut, il existe un risque de restriction d'autres libertés collectives comme cela a pu être le cas à l'occasion de la COP 21 et à Grande-Synthe sur le fondement de la loi de 1955 relative à l'état d'urgence.

La nécessaire limitation dans la durée des mesures

La durée de la création du périmètre de protection par arrêté préfectoral ne peut pas excéder un mois. Eu égard à la nature des événements et des lieux concernés, notamment autres que des espaces durablement clos comme les parcs d'attraction, les stades et les salles de concert et d'exposition, la durée d'un mois apparaît excessive car les événements programmés dans l'espace public ont rarement une telle amplitude dans le temps.

La durée de l'interdiction de séjour, de l'obligation de pointage et de l'obligation de déclaration de son lieu d'habitation ou de changement de lieu d'habitation est de 3 mois. L'obligation de déclarer son domicile et tout changement de domicile et de signaler ses déplacements à l'extérieur du périmètre déterminé pour une durée de 6 mois est une mesure proposée qui ne faisait pas partie du dispositif de l'état d'urgence. S'apparentant à des obligations du contrôle judiciaire, ces mesures sont contraignantes. Le Défenseur des droits recommande d'unifier et de limiter leur délai en fixant une durée maximale et en mentionnant expressément que la durée devra faire l'objet d'une motivation spécifique.

Sous l'état d'urgence, la personne concernée devait pointer trois fois par jour et se trouver à son domicile douze heures par jour. Dès janvier 2016, le Défenseur des droits avait attiré l'attention de la représentation nationale sur le caractère très intrusif d'une telle mesure et avait demandé, dans le cadre de réclamations individuelles, l'aménagement de la fréquence de pointage. A cet égard, il relève que le Sénat a souhaité rendre cette mesure moins contraignante en diminuant le nombre maximum de pointages à trois par semaine, ce qui est davantage en cohérence avec ce qui est prévu pour le contrôle administratif des retours sur le territoire national (article L.225-1 et s. du CSI). Le Défenseur des droits salue également l'adoption d'amendements visant à concilier ces mesures avec la vie professionnelle et familiale, ainsi que la suppression de l'obligation de déclarer ses identifiants de communication électronique, obligation contraire au droit au respect de la vie privée et du secret des correspondances et au droit de ne pas s'auto-incriminer, et, au surplus, inutile eu égard aux techniques de surveillance dont les services de renseignement sont dotées depuis la loi relative au renseignement de 2015. Cependant, il est à regretter que le texte ne prévoit pas de suivi social pour les personnes qui disposent

d'un bracelet électronique comme cela est le cas en matière sentimentale pour les services pénitentiaires d'insertion et de prévention.

3- Instaurer un contrôle juridictionnel efficace (articles 1^{er} à 4)

3.1 L'opportunité de l'intervention d'un juge

Eu égard à l'élasticité des catégories juridiques utilisées qui oscillent entre le droit pénal et le droit administratif, ainsi que l'a souligné la Commission des lois du Sénat, **le juge a un rôle central à jouer pour garantir le principe de sécurité juridique et l'égalité des personnes devant la loi.** Le rapport annuel 2017 du Conseil d'Etat rappelle précisément l'utilité d'un contrôle juridictionnel concernant les mesures de perquisitions administratives. En 2016, le juge administratif a annulé environ 50% des décisions des perquisitions administratives dont la légalité a été contestée.

Dans le texte, seules les mesures concernant les visites et les saisies font l'objet, à la demande du Sénat, d'une autorisation par un juge des libertés et de la détention (JLD). Les autres mesures individuelles de contrôle et de surveillance peuvent faire l'objet d'un recours devant le juge administratif, en cas de renouvellement à l'issue d'un délai de 3 mois pour l'interdiction de séjour et l'obligation de pointage, de déclaration de son lieu d'habitation ou de changement de lieu d'habitation, et d'un délai de 6 mois pour la fermeture de lieux de culte et l'obligation de déclarer son domicile, tout changement de domicile et l'obligation de signaler ses déplacements à l'extérieur du périmètre déterminé.

Le contrôle du renouvellement de la mesure n'est donc pas systématique et reste à la seule initiative de la personne concernée. La procédure en urgence devant le juge administratif est celle du référé liberté et lorsque la mesure a été mise en œuvre, un recours pour excès de pouvoir peut être exercé dans un délai d'un mois.

Au vu des conditions de recevabilité du référé liberté prévue à l'article L.521-2 du code de justice administrative, ajoutées par le Sénat, on peut s'interroger sur la réalité de l'intervention du juge. La condition d'urgence du référé liberté n'est pas présumée, contrairement à ce que prévoit la loi relative à l'état d'urgence. L'exigence d'une atteinte caractérisée à une liberté fondamentale est elle-même aléatoire. En outre, le délai abrégé pour le recours en annulation de droit commun de ces mesures devant le juge administratif ne permet pas un contrôle effectif garant de la liberté personnelle.

Soucieux d'encadrer ces nouvelles prérogatives de l'administration et de garantir la cohérence et la lisibilité des modalités d'accès au juge, le Défenseur des droits recommande un contrôle juridictionnel préalable de l'ensemble des mesures inspirées de l'état d'urgence.

3.2 Renforcer la cohérence du contrôle juridictionnel : la nécessaire clarification du rôle des autorités administratives et judiciaires

L'articulation entre les autorités administratives et judiciaires est modifiée. Les articles 2 et 4 du projet de loi, bien que poursuivant les mêmes finalités, prévoient des recours devant des juges distincts.

Faisant état de ses hésitations en séance, le Sénat a changé de position sur le juge utile et n'a pas eu l'occasion de définir précisément la nature des mesures de contrôle et de contrainte administratives prévues par le texte. Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, en cas d'atteinte à la liberté individuelle conformément à l'article 66 de la Constitution, s'il existe un degré important de coercition, le juge judiciaire est compétent. Le législateur ne peut déroger à cette répartition que pour assurer une « bonne administration de la justice ».

Pour le Défenseur des droits, la « bonne administration de la justice » doit garantir l'intelligibilité et la prévisibilité du droit au recours pour les justiciables. La CEDH a rappelé qu'une mise en œuvre incohérente du principe de dualité des ordres de juridiction pouvait être contraire au droit au procès équitable notamment en cas de jurisprudences divergentes. Il apparaît donc nécessaire au Défenseur des droits que la représentation nationale choisisse l'ordre de juridiction compétent pour exercer le contrôle juridictionnel indispensable à tous les stades de la procédure.

3.3 Améliorer l'efficacité de l'intervention du juge

La nécessité d'encadrer formellement les mesures

Pour chacune des mesures administratives envisagées dans le projet de loi, et pas seulement les visites et saisies, le Défenseur des droits estime qu'il est essentiel de prévoir les conditions de régularité de la saisine du juge par l'administration et l'étendue du contrôle juridictionnel.

Concernant les visites et saisies, le projet de loi indique que l'autorisation sollicitée par l'administration devra indiquer l'adresse du ou des lieux dans lesquels les opérations de visite et de saisie sont autorisées, les noms et qualités des agents autorisés à y procéder, l'identité de l'officier de police judiciaire présent ainsi que la mention de la faculté d'être assisté d'un avocat et les voies de recours. Cependant, il ne prévoit pas que les conditions d'exécution y soient précisées.

Pour améliorer les conditions du contrôle juridictionnel, l'Assemblée législative pourrait intégrer des précisions relatives à :

- La forme de la saisine du juge par l'administration et les éléments transmis par l'administration en cas de recours,

- La liste des pièces justificatives utiles et les exigences de motivation de la saisine initiale ou lors de la demande de renouvellement,
- La preuve de la notification initiale des droits, le cas échéant,
- La preuve du lien entre la mesure individuelle et la menace terroriste, et, la preuve de la notification initiale des droits, le cas échéant,
- La condition d'urgence et la preuve d'une menace d'une particulière gravité à l'ordre public,
- La preuve de l'impossibilité de recourir à une mesure moins restrictive de liberté,
- La motivation relative aux modalités d'exécution de l'intervention, comprenant en autres la compatibilité de la mesure avec le respect de la vie privée, familiale et professionnelle et avec l'état de santé de la personne, la compatibilité avec la protection du patrimoine de la personne,
- Les modalités procédurales de mise en œuvre du contradictoire sur les preuves issues du renseignement,
- Les pouvoirs d'instruction du juge pour solliciter à bref délai des éléments complémentaires y compris des éléments relevant du secret défense.

Le texte doit rappeler la compétence d'instruction du juge, d'annulation et de réformation de l'ensemble des actes administratifs faisant grief, notamment les actes subséquents et toutes les mesures de prise de possession ainsi que la compétence pleine et entière du juge pour contrôler la proportionnalité de la mesure administrative.

De la même manière, la présence du procureur de la République est nécessaire à l'audience pour améliorer l'articulation avec l'action publique.

La nécessaire articulation du contrôle juridictionnel et des droits de la défense

Les mesures administratives prévues par le projet de loi intervenant dans le cadre de la prévention du terrorisme, la présence d'éventuelles informations classées secret défense pose une difficulté concernant le respect du principe du contradictoire et plus largement le droit pour toute personne à un procès équitable tel que défini par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme⁷. Le JLD compétent pour autoriser les visites le fera sans débat contradictoire. Lors des audiences de renouvellement des mesures, la personne impliquée dans l'enquête ne pourra pas avoir accès aux informations justifiant la visite de son domicile et ne disposera donc d'aucun élément permettant de se défendre devant les juridictions administratives.

⁷ CEDH, *Edwards c. Royaume-Uni*, arrêt du 16 décembre 1992, § 36.

L'article L.811-3 du CSI dispose que les services spécialisés de renseignement peuvent recourir aux techniques de renseignements en matière de prévention de terrorisme. Les renseignements recueillis par ces services sont classés secret défense au sens de l'article 413-9 du code pénal.

Le législateur doit donc assurer la conciliation entre le droit à un procès équitable et le secret de la défense nationale, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2015-722 DC du 26 novembre 2015.

Le Défenseur des droits souligne l'importance de donner au juge des attributions en matière de contrôle des techniques de renseignement comme c'est la pratique dans d'autres démocraties disposant de services de renseignement du niveau équivalent⁸ et ainsi que l'a proposé le Conseil d'Etat à propos de la surveillance électronique mobile par bracelet électronique⁹. Si tel est le cas, il pourrait être prévu que le juge soumette un rapport semestriel d'activité dont les éléments classifiés resteront soumis au secret défense.

II. Garantir la protection des données personnelles et la liberté d'aller et venir dans les autres dispositions prévues par le projet de loi

1. Les données PNR : une transposition insatisfaisante de la directive européenne (articles 5 et 6)

Les articles 5 et 6 du projet de loi transposent en droit interne la directive UE 2016/681 dite « PNR »¹⁰ du 26 avril 2016 relative à l'utilisation des données des dossiers passagers pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière, et pérennisent le système de suivi des données des passagers des voyageurs aériens (« le système API¹¹-PNR »), « permettant aux services de sécurité et de renseignement de les utiliser pour diverses finalités, notamment la prévention et la détention des infractions terroristes ».

L'article 6 vient donc modifier l'article L232-7 du CSI. En application de cet article et des articles R232-12 et suivants, les transporteurs aériens sont tenus de transmettre aux autorités les

⁸ Étude de l'Agence européenne des droits fondamentaux sur le cadre juridique des États membres en matière de surveillance remise au Parlement Européen en novembre 2015

⁹ Conseil d'Etat, Avis de l'Assemblée générale, Section de l'intérieur, 17 décembre 2015, Avis sur la constitutionnalité et la compatibilité avec les engagements internationaux de la France de certaines mesures de prévention du risque de terrorisme : Point 15 « le recours à cette mesure serait subordonné à une procédure d'autorisation et de contrôle permettant de vérifier la réalité de la dangerosité et les risques encourus, procédure qui pourrait s'inspirer de celle prévue par le [CSI] pour les techniques de renseignement et comportant des garanties comparables en matière de contrôle administratif et juridictionnel des autorisations ainsi données ; la durée de la mesure et son éventuel renouvellement seraient fixés dans les mêmes conditions »

¹⁰ Passenger name record.

¹¹ Advanced passenger information.

données PNR et API de l'ensemble des vols extra et intra-européens ainsi que les vols en provenance et à destination de l'outre-mer.

A titre liminaire, le Défenseur des droits émet des réserves quant à la conformité de la directive PNR à la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

Dans un avis du 24 septembre 2015 où il émettait plusieurs critiques sur la proposition de la directive précitée, le Contrôleur européen de la protection des données relevait que le système PNR de l'UE tel que proposé couvrirait au moins tous les vols en provenance et à destination de l'UE, ce qui concernerait plus de 300 millions de passagers non soupçonnés susceptibles d'être visés par la directive.¹² Ainsi, met-on en place aujourd'hui à l'échelle de l'Union européenne, des fichiers nationaux de collecte systématique et généralisée de données personnelles de passagers, susceptibles d'être partagés avec les Etats membres et des Etats tiers.

La légitimité de l'objectif de ces fichiers, à savoir la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, dans ce contexte sécuritaire difficile, n'est pas ici remise en cause, cependant ce fichage constitue une ingérence grave et d'une grande ampleur dans le droit au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles, tel que protégé par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (articles 7 et 8) et la Convention européenne des droits de l'homme (article 8).¹³ Il doit dès lors être strictement encadré par la loi, répondre aux principes de légalité, nécessité et proportionnalité et prévoir suffisamment de garanties.

Si à travers ses différentes dispositions, la directive tente de trouver un point d'équilibre entre la protection de ces droits et les nécessités d'assurer la sécurité des personnes, il est permis de douter de la conformité de certaines d'entre elles avec la Charte des droits fondamentaux, au regard de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), qui interdit toute conservation généralisée et indifférenciée de données personnelles, qui demande à ce que les dispositions soient libellées de manière claire et précise et que soit assurée une « pondération équilibrée » entre, d'une part, l'objectif de lutte contre le terrorisme et, d'autre part, celui de la protection des données à caractère personnel dans le respect de la vie privée des personnes concernées.¹⁴

A cet égard, il est intéressant de noter qu'il existe un projet d'accord entre le Canada et l'UE sur le transfert et le traitement de données PNR, dont le dispositif est similaire à la directive UE « PNR »

¹² EDPS, Avis 5/2015, 2^{ème} avis sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'utilisation des données des dossiers passagers pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière.

¹³ Voir également, à cet égard, les conclusions de l'Avocat général MENGIOZZI de la CJUE du 8 septembre 2016 sur le projet d'accord entre le Canada et l'Union européenne sur le transfert et le traitement de données PNR, similaire à la directive, Avis 1/15, §§ 169-176 (« Il n'en demeure pas moins que l'ingérence que comporte l'accord envisagé est d'une ampleur certaine et d'une gravité non négligeable. En effet, d'une part, elle concerne, de manière systématique, tous les passagers empruntant les liaisons aériennes entre le Canada et l'Union, c'est-à-dire plusieurs dizaines de millions de personnes par an »).

¹⁴ Voir à cet égard les conclusions de l'avocat général MENGIOZZI dans la demande d'avis (1/15) adressée à la CJUE concernant l'accord entre l'Union européenne et le Canada concernant sur le transfert et le traitement des données PNR. Dans ses conclusions (§§ 217, 219), il dit éprouver des doutes sérieux quant au caractère suffisamment clair et précis du libellé de certaines catégories de données PNR figurant à l'annexe de l'accord envisagé - que l'on retrouve dans la directive 2016/681 et dans les dispositions nationales -, telles que « Informations «grands voyageurs» » et « Remarques générales », et recommande que les catégories soient rédigées de manière plus concise et précise, sans qu'aucune marge d'appréciation puisse être laissée soit aux transporteurs aériens, soit aux autorités canadiennes compétentes quant à la portée concrète de ces catégories, en vue d'assurer la sécurité juridique des personnes dont les données à caractère personnel sont transférées.

2016/681 du 26 avril 2016, pour lequel le Parlement européen a demandé un avis à la CJUE sur sa compatibilité avec le droit de l'UE et en particulier la Charte des droits fondamentaux. Ainsi que le souligne le Contrôleur européen de la protection des données, l'avis que la Cour rendra prochainement pourrait avoir une incidence importante sur la validité de la directive. Le contrôleur avait demandé, sans succès, au législateur européen d'attendre cet avis.¹⁵ Le 8 septembre dernier, l'Avocat général de la Cour, P. MENGIOZZI, a rendu ses conclusions, dans lesquelles il émet plusieurs réserves quant à la compatibilité de l'accord avec la Charte.¹⁶ Dans un avis du 26 juillet 2017, suivant les conclusions de l'Avocat général, la CJUE a déclaré que cet accord ne répond pas, sous sa forme actuelle, aux exigences de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.¹⁷ On peut dès lors s'interroger sur la conformité de la Directive « PNR » de 2016 aux droits fondamentaux de l'Union européenne.

Le Défenseur des droits émet également des réserves sur le projet de loi. L'article 6 étend le champ d'application de l'article L232-7 du CSI pour y intégrer les 26 infractions mentionnées à l'annexe II de la directive UE 2016/681 du 27 avril 2016.¹⁸ On peut regretter ici que l'article se contente de renvoyer à l'annexe de la directive ; pour davantage de prévisibilité et d'accessibilité, la liste des infractions devrait apparaître dans la loi.

Le Défenseur des droits regrette en outre que le projet de loi n'opère pas de transposition complète et conforme de la directive. Ce que le rapporteur M. MERCIER relève d'ailleurs dans son rapport.¹⁹

L'article L232-7 autorise le recueil des données PNR pour d'autres finalités que celles prévues par la directive précitée, à savoir « les atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation ». Or, ainsi que le relève le Conseil d'Etat, dans son avis du 15 juin 2017, l'article 1 de la directive précitée dispose que les données PNR recueillies ne peuvent être traitées qu'à des fins de prévention et de détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité.²⁰ Dès lors, le dispositif prévu par cette directive, transposé en droit interne, ne saurait servir à d'autres finalités que celles-ci. Dans l'arrêt *Tele2 Sverige AB* du 21 décembre 2016 relatif à la directive 2002/58 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, la CJUE rappelle que lorsque les objectifs poursuivis par les mesures législatives dérogeant au principe de confidentialité des communications sont énumérés de manière exhaustive dans la directive – comme c'est le cas en l'espèce – les Etats ne sauraient adopter ces mesures à d'autres fins.²¹

L'article R232-16 du CSI devrait également être modifié pour tenir compte des dispositions de l'article 12 de la directive relative à la période de conservation et dépersonnalisation des données, lesquelles posent : un délai de 6 mois aux termes duquel les données PNR doivent être

¹⁵ EDPS, Avis 5/2015, 2^{ème} avis précité.

¹⁶ Conclusions de l'Avocat général MENGIOZZI de la CJUE du 8 septembre 2016 sur le projet d'accord entre le Canada et l'Union européenne sur le transfert et le traitement de données PNR, avis 1/15, 8 septembre 2016.

¹⁷ CJUE, Avis 1/15 sur l'accord sur le transfert des données des dossiers passagers, prévu entre l'Union européenne et le Canada, 26 juillet 2017.

¹⁸ Directive qui doit être transposée au plus tard le 25 mai 2018, article 18.

¹⁹ Sénat, Rapport fait au nom de la Commission des Lois, M. Mercier, 12 juillet 2017, pp.90-93.

²⁰ CE, Avis sur un projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, n° 393348, 15 juin 2017.

²¹ CJUE, *Tele2 Sverige AB contre Post- och telestyrelsen et Secretary of State for the Home Department contre Tom Watson et al.*, C-203/15, 21 décembre 2016, § 90.

dépersonnalisées²² ; ainsi que les conditions dans lesquelles la communication des données peut quand même se faire aux termes de ce délai : - l'existence de motifs raisonnables de croire qu'elle est nécessaire aux finalités visées par la directive (l'article 6 al.2 point b), - l'accord d'une autorité judiciaire ou d'une autorité nationale compétente en vertu du droit national, en vue de vérifier si les conditions sont remplies, et - l'information du délégué à la protection des données de l'Unité d'information passagers qui pourra procéder à un examen *ex post*.

En outre, l'article 5 de la directive impose la nomination d'un délégué à la protection des données au sein de l'Unité d'information passagers chargée de contrôler le traitement des données PNR et de mettre en œuvre les garanties pertinentes. En cas de traitement illicite de certaines données, il peut en effet renvoyer l'affaire à l'autorité de contrôle nationale, la CNIL en France.²³ Or, le projet de loi ne semble pas le prévoir.

Afin d'effectuer une transposition complète de la directive, les dispositions législatives et réglementaires devraient également être modifiées pour intégrer certaines de ses exigences tendant à assurer l'équilibre entre, d'une part, l'objectif de lutte contre le terrorisme et les autres formes graves de criminalité et, d'autre part, celui de la protection des données à caractère personnel dans le respect de la vie privée des personnes concernées, eu égard notamment :

- La nature des données PNR transférées à l'UIP, qui doivent être celles fixées par la directive,²⁴
- Le respect du principe de non-discrimination : les données PNR transférées à l'UIP comme les critères d'évaluation des passagers ne doivent pas être fondées sur un critère de discrimination,²⁵
- La précision et l'encadrement des missions et responsabilités de l'UIP,²⁶
- L'effacement définitif des données PNR à l'issue de la période de conservation et la mise en place d'un contrôle afin de veiller à ce qu'il soit bien effectué,²⁷
- L'encadrement des échanges d'informations avec les Etats membres, les conditions d'accès aux données PNR par Europol et le transfert de données vers des Etats tiers.²⁸

Le Défenseur des droits émet également des réserves quant aux critères d'évaluation des passagers à prendre en compte par l'UIP lors du traitement des données PNR. Ils ne font l'objet d'aucune définition dans la directive et font craindre un glissement vers l'usage de techniques de police prédictive et de profilage. Dès lors, ces dispositions doivent faire l'objet d'une vigilance particulière.

La directive exige que ces critères soient préétablis, soient limités aux infractions terroristes et autres formes graves de criminalité, ciblés, proportionnés et spécifiques, et mis en œuvre de façon non discriminatoire. Ils doivent en outre être réexaminés à intervalles réguliers par les UIP.²⁹

²² alors que l'article R232-16 du CSI prévoit actuellement un délai de 2 ans.

²³ Directive UE 2016/681, art. 6, al.7.

²⁴ Directive précitée, art. 6, al. 1 ; voir également L232-7 et R232-14 du CSI.

²⁵ Soit fondés sur l'origine raciale ou ethnique d'une personne, ses opinions politiques ou toute autre opinion, sa religion ou ses convictions, son appartenance à un syndicat, sa santé, sa vie sexuelle ou son orientation sexuelle.

²⁶ Directive précitée, art. 13, al. 5 à 8, art. 8.

²⁷ Directive précitée, art. 12, al. 4.

²⁸ Articles 9, 10 et 11 de la directive.

²⁹ Directive précitée, art. 6, al. 3, b), al. 4)

A cet égard, la CJUE rappelle que la réglementation nationale permettant la conservation de données personnelles doit être fondée sur des éléments objectifs permettant de viser un public dont les données sont susceptibles de révéler un lien avec des actes terroristes et actes de criminalité grave.³⁰ Les conclusions de l'avocat général MENGOZZI sur l'accord entre l'UE et le Canada relatif au transfert et au traitement des données PNR sont intéressantes : selon lui, « *la confrontation des données PNR avec ces scénarii ou ces critères d'évaluation préétablis étant susceptibles de conduire, comme l'ont admis certaines parties intéressées, à identifier des « cibles » faussement positives, l'accord envisagé devrait contenir un certain nombre de principes et de règles explicites en ce qui concerne tant les scénarii ou les critères d'évaluation préétablis que les bases de données à l'égard desquels les données PNR sont confrontées* ». Dès lors, ajoute-t-il, « *l'encadrement et la détermination précis des scénarii et des critères d'évaluation préétablis doivent [donc] pouvoir permettre, dans une large mesure, d'aboutir à des résultats ciblant des individus à l'égard desquels pourraient peser un « soupçon raisonnable » de participation à des infractions terroristes (...)* » et les critères d'évaluation devraient faire l'objet d'un contrôle de la part de l'autorité publique indépendante.³¹ Dans son avis du 26 juillet 2017, la CJUE a suivi les conclusions de l'Avocat général et a déclaré que cet accord ne répond pas, sous sa forme actuelle, aux exigences de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.³² Sur les critères d'évaluation des passagers, la Cour statue comme suit : « *Cela étant, l'étendue de l'ingérence que comportent les analyses automatisées des données PNR dans les droits consacrés aux articles 7 et 8 de la Charte dépend essentiellement des modèles et des critères préétablis ainsi que des bases de données sur lesquels se fonde ce type de traitement de données. Ainsi, et eu égard aux considérations figurant aux points 169 et 170 du présent avis, les modèles et les critères préétablis devraient être, d'une part, spécifiques et fiables, permettant d'aboutir, comme l'a relevé M. l'avocat général au point 256 de ses conclusions, à des résultats ciblant les individus à l'égard desquels pourrait peser un soupçon raisonnable de participation à des infractions terroristes ou de criminalité transnationale grave et, d'autre part, non discriminatoires. De même, il devrait être précisé que les bases de données avec lesquelles les données PNR sont recoupées doivent être fiables, actuelles et limitées à des bases de données exploitées par le Canada en rapport avec la lutte contre le terrorisme et la criminalité transnationale grave.* »³³

Enfin, le Défenseur des droits recommande que la CNIL soit consultée sur l'ensemble de ces dispositions, y compris sur la création d'un « PNR maritime ».³⁴ Dans un avis du 17 juillet dernier, la Commission rappelait l'obligation pour le gouvernement de recueillir son avis et relevait que l'importance des questions soulevées par le projet de loi, du point de vue du droit au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles, aurait dû, par elle-même, justifier sa consultation. Comme le PNR aérien, le « PNR maritime », dont le périmètre des données collectées sera très large,³⁵ doit également faire l'objet d'une vigilance particulière et offrir des garanties suffisantes en termes de protection des données personnelles, notamment être limité à ce qui est strictement nécessaire et comporter des dispositions suffisamment

³⁰ CJUE, *Tele2 Sverige AB*, précité, § 111.

³¹ §§ 255-256, 260.

³² CJUE, Avis 1/15, 26 juillet 2017.

³³ Avis précité, § 172.

³⁴ Directive précitée, art. 15.

³⁵ Rapport de la Commission des lois, précité, p.94-98.

claires et précises, conformément à ce qu'impose la jurisprudence de la CJUE.³⁶ A cet égard, le Défenseur des droits soutient les amendements proposés par la Commission des Lois du Sénat tendant, d'une part, à restreindre la finalité du traitement à la prévention et à la constatation des infractions punies d'une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'une durée similaire, comme le fait la directive « PNR » de 2016, d'autre part, à exclure toute possibilité de requête directe au sein du fichier et à préciser que la liste des services autorisés à interroger le fichier devrait être fixée par le décret pris en Conseil d'État, après avis de la CNIL.³⁷

2. Renforcer les garanties concernant la surveillance hertzienne (articles 8 et 9)

Les articles 8 et 9 instaurent un nouveau régime légal de surveillance des communications hertziennes. Cela fait suite à la censure du Conseil constitutionnel de l'article L811-5 du CSI, qui prévoyait un régime dérogatoire à la surveillance et au contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne.³⁸ Le Conseil constitutionnel a en effet estimé que faute de garanties appropriées, les dispositions contestées portent une atteinte manifestement disproportionnée au droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances.

Le Défenseur des droits constate que la CNCTR a été consultée sur le projet de loi et qu'elle a rendu un avis le 9 juin dernier.³⁹

Le gouvernement opère une distinction entre deux catégories de mesures d'interception et d'exploitation des communications hertziennes entraînant l'application d'un régime juridique différent : celles concernant les communications échangées au sein d'un réseau réservé à l'usage d'un groupe fermé d'utilisateurs et celles concernant des communications échangées hors de ces « réseaux privés ». ⁴⁰

La première catégorie étant susceptible de porter atteinte au respect de la vie privée et au secret de la correspondance, le projet de loi prévoit de le soumettre au régime de droit commun (dispositions du Livre VIII du CSI). A la demande de la CNCTR, le projet de loi a modifié la rédaction de l'article pour mieux définir les réseaux de communications concernés.⁴¹ **Il faut s'inquiéter cependant que ce type de surveillance pourra être mise en œuvre pour l'ensemble des finalités fixées à l'article L811-3 du CSI, et non pas aux seules fins de la prévention d'actes de terrorisme.**

L'article 8 du projet de loi indique en outre que lorsque l'identité de la personne visée n'est pas connue, la demande requise à l'article L821-2 du CSI devra préciser les éléments nécessaires à l'identification du réseau concerné. Cependant, dans ce cas, la mesure de surveillance ne cible pas un ou des individus, mais vise un réseau utilisé potentiellement par plusieurs personnes non identifiées qui pourraient être sans aucune relation avec la finalité poursuivie. **La loi pourrait ainsi**

³⁶ Voir à cet égard CJUE, Avis 1/15 sur l'accord sur le transfert des données des dossiers passagers, prévu entre l'Union européenne et le Canada, 26 juillet 2017 ; CJUE, *Tele2 Sverige AB*, précité.

³⁷ Rapport de la Commission des lois, précité, p.96.

³⁸ Conseil constitutionnel, décision n° 2016-590 QPC.

³⁹ Délibération n° 4/2017 du 9 juin 2017.

⁴⁰ Etude d'impact, pp 74-75.

⁴¹ Délibération précitée.

autoriser une surveillance exploratoire, générale et indifférenciée, ce qui serait contraire au droit européen.⁴²

S'il faut saluer l'adoption de ce nouvel article soumettant cette surveillance au régime de droit commun et l'amendement adopté par le Sénat tendant à permettre à la CNCTR de se faire communiquer les renseignements collectés, sans solliciter au préalable le Premier ministre, le Défenseur tient néanmoins à réitérer les réserves qu'il avait formulées lors de l'examen du projet de loi relatif au renseignement.⁴³

Quant à la seconde catégorie concernant les communications échangées hors de ces « réseaux privatifs », le projet de loi indique qu'elle relèverait de « l'exception hertzienne » et ferait l'objet d'un régime dérogatoire⁴⁴. A l'instar de la CNCTR, le Défenseur des droits relève que la durée de conservation des données – 6 années ou 8 années si les renseignements sont chiffrés – apparaît excessive, et estime que les recommandations de la CNCTR devraient être suivies : que la durée soit abaissée à 4 années et que le délai court à compter du recueil des communications.⁴⁵

Enfin, le Défenseur des droits regrette que la mise en œuvre d'une telle surveillance ne soit soumise à aucune autorisation spécifique préalable du Premier ministre, ni aucun avis de la CNCTR,⁴⁶ et que le contrôle opéré par celle-ci, défini à l'article L854-9-3, soit si réduit. A titre d'exemple, alors que le régime dérogatoire des mesures de surveillance des communications électroniques internationales le prévoit,⁴⁷ ici, lorsque la CNCTR constate un manquement à la loi, elle n'a pas la possibilité d'adresser au Premier ministre une recommandation tendant à ce que le manquement cesse et que les renseignements collectés soient, le cas échéant, détruits, et de saisir le Conseil d'Etat, lorsque le Premier ministre ne donne pas suite à cette recommandation ou que les suites qui y sont données sont estimées insuffisantes.⁴⁸

Concernant l'article 9 du projet de loi qui permet aux militaires des unités des armées chargées des missions de défense militaire et d'action en mer le recours à « l'exception hertzienne », le Défenseur est d'avis que soit suivie la recommandation de la CNCTR tendant à ce que la loi prévoit que ces mesures ne soient mises en œuvre que par des militaires individuellement désignés et habilités, afin de garantir la traçabilité des mesures.

⁴² Voir, parmi d'autres, CEDH, *Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, § 51, série A no 28 ; *Szabó et Vissy c. Hongrie*, no 37138/14, 12 janvier 2016 ; *Kruslin c. France*, 24 avril 1990, série A no 176-A, § 35 ; CJUE, *Digital Rights Ireland Ltd contre Minister for Communications, (...) (C-293/12) et (C-594/12)*, 8 avril 2014.

⁴³ Voir Avis du Défenseur des droits 15-09 et 15-04 : le manque de clarté de certaines dispositions et de précision concernant les catégories de personnes visées, la pluralité des finalités permettant de mettre en œuvre les mesures de surveillance et la multiplication des services pouvant avoir recours aux techniques de renseignement, la durée parfois longue de conservation des données, le caractère seulement consultatif et non systématique de l'avis préalable de la CNCTR, les insuffisances de moyens de la Commission permettant d'assurer un contrôle a posteriori efficace et du contrôle juridictionnel.

⁴⁴ Article L854-9-1 al. 1 : « Ces mesures de surveillance sont exclusivement régies par le présent chapitre. »

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Dans sa décision du 21 octobre 2016 (2016-590 QPC), le Conseil constitutionnel critiquait l'absence de condition, ni fond ni de procédure préalable au recours à ces mesures de surveillance et de contrôle.

⁴⁷ L854-1 et suivants du CSI.

⁴⁸ Article L854-9 du CSI.

3. Les contrôles d'identité aux zones frontalières : une mesure insuffisamment encadrée (article 10)

L'article 10 vient modifier les dispositions relatives aux contrôles d'identité aux zones frontalières pour y prévoir la possibilité d'effectuer des contrôles « *aux abords des gares* » ferroviaires ou routières, ainsi que dans un rayon de 20 kilomètres autour des ports et aéroports constituant des points de passage frontaliers. Il élargit donc considérablement le champ d'application de cette mesure restrictive de la liberté d'aller et venir et autorise désormais que ces contrôles soient effectués pendant une durée de 12 heures consécutives dans un même lieu, alors que la durée initiale ne devait pas excéder 6 heures. Les mêmes modifications sont apportées à l'article 67 *quater* du code des douanes.

Afin d'encadrer davantage cette mesure et d'en préciser la portée, le Défenseur des droits propose de revenir sur la proposition de la Commission des Lois du Sénat tendant à limiter cette mesure « *aux abords immédiats* » des gares et à remplacer certains termes imprécis tels que la « *vulnérabilité* » des points de passage frontaliers, par la formule « *d'exposition à des risques particuliers d'infractions et d'atteintes à l'ordre public liés à la circulation internationale des personnes* ». ⁴⁹

Ainsi qu'il l'a déjà rapporté, le Défenseur des droits craint qu'en l'absence d'encadrement strict des conditions de mise en œuvre des contrôles d'identité et de garanties, de tels contrôles soient effectués de manière discriminatoire et/ou en vue de contrôler la régularité du séjour des personnes contrôlées. ⁵⁰ Il salue néanmoins l'amendement adopté par le Sénat tendant à encadrer davantage la mesure, en précisant que le contrôle « *ne pourra être pratiqué que pour une durée n'excédant pas douze heures consécutives dans un même lieu et ne peut consister en un contrôle systématique des personnes présentes ou circulant dans les zones [visées]* ». Si le texte ainsi adopté semble davantage en conformité avec la jurisprudence de la CJUE qui interdit le caractère systématique des contrôles aux frontières et l'absence d'encadrement en termes d'intensité et de fréquence, ⁵¹ des doutes demeurent quant à la nécessité et à la proportionnalité du dispositif. A cet égard, la Commission des Lois du Sénat relève que le projet de loi opère une extension significative des zones de contrôle, susceptible d'inclure d'importantes zones urbaines, comme la région parisienne. ⁵²

★

⁴⁹ Sénat, Rapport de la Commission des lois, précité, p.108, 111.

⁵⁰ Voir à cet égard Défenseur des droits, Rapport relatif aux relations police/citoyens et aux contrôles d'identité, 2012, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/124000561.pdf>; Avis du Défenseur des droits n°16-12 du 10 mai 2016 sur la proposition de loi n° 257 visant à lutter contre les contrôles d'identité abusifs ; voir également Cour de cassation, Civ., arrêts du 9 novembre 2016 (15-24212, 15-25873, 25-25874,...) ; Défenseur des droits, Décision 2016-132.

⁵¹ CJUE, Melki (C-188/10) et Abdeli (C-189/10), 22 juin 2010. Voir également A c. Staatsanwaltschaft Offenburg (C-9/16), 21 juin 2017.

⁵² Rapport précité, p.110.

Dans sa responsabilité et son indépendance, le Défenseur des droits comprend que le devoir des pouvoirs publics est de répondre aux sentiments de panique et de sidération qu'expriment les citoyens des démocraties devant la barbarie des attentats terroristes.

L'Etat de droit doit être leur réponse, car ce sont nos droits et libertés que l'on veut annihiler.

L'anti-terrorisme ne saurait devenir la seule doctrine en matière de sécurité dans nos Etats démocratiques.

C'est la question que pose au législateur le passage de l'exception à la règle, de la loi temporaire à la loi permanente.

